

## 比較法——方法と可能性

ハンス アルプレヒト シュヴァルトツ—  
リーバーマン フォン ヴァーレンドルフ  
田 嶋 信 雄・訳

比較法という表現は、あまり明晰とはいえないし、また一義的でもない。その表現は、比較法が、他の法律諸科学同様、法学の一分野であるという考えを懐かせるかもしれない。それはまた、他の方法によってあらかじめ与えられた諸目的にアプローチしようとする際の単なる方法に関することであるという考えを懐かせるかもしれない。それでも、すでにここで一つの中心的な言明を定式化しておくことが重要である。確かに比較法という考え方は重要な方法的構成要素を含んでいる。けれども、比較法においては単に方法のみが問題であると考えるのは誤りであろう。確かに、かつて、自称他称の有力な比較法学者の中でも、学問性の枠の中に自己を維持するために、しかも一定のあきらめをこめて、比較法という表現は単に方法的概念をカバーするにすぎないと考える人もいた。しかし、確かに方法は科学のプロセスの重要な一部ではあるが、そのみでは「実体的事象」としての科学及びその概念と意味内容を完全に包括し得ると主張することは出来ない。方法や形式、問題へのアプローチの技術というものが、様々な実質的アスペクトや内容としての科学からどの程度分離し得るかという問題は措くとしても、研究材

料に分けいるということ [Eindringen] が方法論上の選択肢を選ぶにあたって重要性を有する事、また、科学的な法にふさわしい様々な手続き様式が、少なくともある程度、こうした、研究題材に分けいるということを前提としている事を、我々は考慮すべきであろう。したがって、比較法は、我々にとって、方法論に限定されるべきではなく、全面的に有効な科学の一分野、知の一分野として理解されるということをしてここで明確に述べることができよう。さらに言うならば、比較法のみが、すなわち、多様な類型の法現象の観察と分析のみが、完全に有効な法律学と呼び得るものであり、また、呼んでしかるべきものである。というのも、科学の科学性は、非常に偶然的なものを内部に含み得る断片的現象を、我々の視野に組み込むことを排除するからである。比較法のみが我々に法の科学への道を開いてくれる。比較法はまさしく法律学なのである。もちろん、個々の法秩序の分析と考察は、普遍的に妥当する多くの重要な知見をもたらす。けれども、科学は、普遍的に妥当するもの、原則的なものを解明しなければならぬのであるから、我々の出発点は、我々が可能なかぎり深くかつ広範に事象を観察し得るように選択されなければならない。

我々はこの地点から更にもう一步進むことができる。あらゆる科学は、いかに「理論的」に見えようと、知識や認識による方向づけを目指している。重要なのは、我々の方向づけによって認識に偏見を持ち込まないこと、むしろ我々の認識によって方向づけを獲得することである。これは「実践的生活」、或いは生活一般にとって科学が持つ中心的地位であり、また、誤って理解された「政治」に対する一つの解毒剤なのである。科学一般においては、とりわけ精神諸科学においては、様々な尺度や基準、つまり我々に一つの判断を許容するものが重要なのである。

正しい方法のためには、あるいはまたとりわけ認識を獲得するためには、比較の基準が必要である。その比較の

基準は問主観的〔intersubjektiv〕な対話によって獲得されなければならない。問主観的な対話は、我々に「客観化」したがって対象とその法則性の解明を可能ならしめ、それにより、我々はまた、「客観的」には到達不可能な「客観性」に、可能なかぎり接近し得るのである。我々が原則的なもの、あるいは基準を求めなければ、比較法は、ただ羅列的で、しばしばまったく無秩序で、誤って関係付けられたデータの恐るべき散漫な書類の束から構成されるものとなる。多様性の彼方で、根拠への問い、諸連関への問いが設定される。それが我々に手段を伝達する過程であり、また、まったく科学にとって正しい意味での実践なのである。けれども我々は、解決の質を問うことができるし、また問わなければならない。（ただし、その際、ある単一の解決が、普遍的にすべてに妥当する解決として維持される必要はまったく無い。）また我々は、どのような発展を典型的であると見なし得るか、あるいは、場合によっては、基本的な倫理的要請の観点から見てどのような発展を適切と見なすべきかを問えるし、また問わねばならない。比較を行うためには、どのようなパースペクティヴからそれを行うかということ了我々は知らなければならない。比較の観点が問題なのである。こうしたパースペクティヴの習得は、「対話〔Dialog〕」の中で（弁証法的に〔dialektisch〕）成就され、常に練磨され、強化されなければならない。

合理性と経験は相互に分かち結び付いている。理論を形成する〔Theorie gestalten〕とゆうことは、ヨーロッパの語源によれば、「見る〔sehen〕」、「眺める〔schauen〕」を意味する。見るという行為〔Sehen〕は、認識すること〔Erkennen〕、精神的な目で見ること〔Sehen des geistigen Auges〕に通じる。同様で、ヨーロッパ圏では、「思索する〔spekulieren〕」とゆう言葉は、正しく理解するならば、「反映すること〔spiegeln〕」（したがって、同様に、見ること〔Sehen〕、観察すること〔Beobachten〕）を核心的内容として有している。

比較法は、あらゆる法理論にとって不可欠である。法理論がなければ法律学はない。そして我々はもう一歩進まなければならない。法哲学とは、精神世界における法の地位への洞察、つまり精神世界での法の従属性、ないし独自の創造的貢献に際しての法の地位への洞察を意味するが、かかる法哲学は、比較法の経験的基盤がなければ、「根拠のない」、また血の通わぬものである。我々は、法は常に社会学と形而上学の間で振幅を繰り返しているというヘルマン・ヘラーの正しい命題を当然思い出してよい。

比較法は法律学にとって不可欠である。なぜなら、比較法は一定の問題に関する偶然的・国家的ドグマに代えて、中心的な実質問題に関する学問、あるいは正しい問題設定に基づく学問を対置することを教えるからである。人間生活の生き生きとした現実のために、比較法は、実証主義的ドグマの硬直した様々な決め付けを相対化するのである。

法律学は、一定の形態における、すなわち倫理的・規範的パースペクティブにおける、諸関係に関する学問である。それは、社会の様々な必要とその組織化という理由から、その特殊な形態を受け入れたのである。しかし科学であるためには（すなわち、言葉の真の意味で目的合理的であるためには）、法律学は、所与の実定法からの必要な独立性の中にその目的論的な決定要因を見出さなければならぬ。実定法は、その外見上の精密性の背後に、（個人的であれ集団的であれ）恣意的な解釈を可能とする重苦しい危険を孕んでいるからである。けれども、まさしく恣意こそは法そのものの対極にあるものなのである。

比較法は垂直的かつ水平的でなければならない。同時に我々は時間的な隔たりの問題性を考慮に入れなければならない。通常の時間における時点と比較法の枠内における時点とは決して常に一致してはいるわけではない。個々の

文化の發展の歴史とその成熟度が我々を方向づけなければならぬ。例えば、ローマ法とコモン・ローのごとき二つの中心的法体系は、このファクターに配慮しながら比較しつつ考察することが不可欠なのである。

前古典時代から古典時代初期のローマ法と、中世後期ないしルネサンス期、啓蒙時代のイギリス法を比較すれば、驚くべき類似性が明らかとなる。ここ数十年前まではまだローマ法とイギリス法の原理的相違が常に語られていたが、我々は、この二つの法秩序の間には根本的類似が存在していることを確認しなければならない。しかも、とりわけ注目すべきは、かかる類似性が、継受によってではなく、その時々々の自生的・並行的な發展により存在していることが証明されざるを得ないのである。西欧世界の最も偉大な二つの法秩序、あるいは人類史における法思想の最も重要な二つの表現形態とも言い得るものが、相互に、精神的に極めて近いところで、法的思考様式と解決の典型的諸前提を指し示しているのである。かつては愚かにもヨーロッパ大陸の「ロマニスト的」諸法典がイギリス法と比較されてきた。そのロマニストによる法典編纂においては、ローマ以後の様々な影響がもたらした決定的な影響力をもったのである。この二つの法秩序の類似性の見事な一例は、ローマ法およびイギリス法の形成期に於ける *fiduziarisch, Treuhand, trust* といった信託観念である。この例はまた、倫理と法の関係、「モラルの法への転化 [Juridifizierung der Moral]」に関する魅力的な例証でもある。今日の、比較法により可能となった思考カテゴリーと法的諸問題の定式化からするならば、ここ数十年のうちに西ヨーロッパ地域において、契約法と不法行為法の分野での十分な法的調整が調和的な実効性を持つであろうという、ほぼ確実ともいえる蓋然性について語る事ができるように思われる。イギリス法思想が、ヨーロッパ共同体の判決に実りある効果を及ぼし、そこに組み込まれて成果を挙げていることは、希望にあふれた徴候である。

ここで、様々な法家族、とりわけ複合的な継受について語るべきである。今日世界は、そのパースペクティブに  
応じて、多くの法家族を知っている。世界の大部分は、とりわけモン・ローないしローマ法の影響を受けた法制  
度を受け入れている。しかし、比較法がなければ実りある交流はあり得ない。様々な独自の文化の背景に基づいて  
のみ効果的な継受の程度と限界が正しく評価され得る。

部分的継受は、その他の問題領域に於ける法の発展の様々な形態に抵触し得る。独自の解釈の伝統を作りあげる  
べきであろうか？ どの程度「母国」の判例に左右されうるのか？ 問題は次から次へと出てくる。重要なのは、  
十数年前までは、家族法や相続法、あるいはまた、物権法のごとき一定の領域は継受にとって不適切であると思わ  
れていたのに、今日では、諸文明間の調和の進行という世界的傾向の中で、そのような留保は、大部分その意味を  
失ってしまったということである。他方、法的諸問題へのより自由な考察は、「外国法」によってもたらされる諸問  
題を、より洗練された形で、より自主的に取り扱うことを可能にする。根本的には、とりわけ通常性 [Normalität]  
と規範性 [Normativität] の正しい関係を探求することが問題なのである。ただしその際、誤解を避けるため留意  
すべきことは、社会学的・倫理的にみれば、正当な意味での規範 [Norm] というものは、規範性というものをな  
している通常性なのであって、例えば恣意的な行動なのではないということである。いずれにせよここでも、説明  
と分析以上に、思想に支配的地位を確保することが決定的かつ不可欠なのである。経験とは熟慮することであり、  
単なる一時の「体験 [Erleben]」なのではない。そして法とはまさしく経験なのである。その際付け加えていうべ  
きは、経験こそが深いところでの実際の体験を可能にするということである。法とは、根本的なところで進行する  
事象の表現であり反映である。法とはすぐれて一つの文化の総体的性質の表現である。文化の総体的性質は、その  
総体的ゆえに、法思想の分野においても常に固有の基準を与えるのである。技術的な道具は、遁辞とはいわぬまで

も、容易に単なる道具に転化しうる。まさしくそれゆえに、ある一定の政治という看板のもとで、なかんずく国家的に限定された枠内で、表明されうる濫用的傾向に対しては、別のデータや、一定の文明的な枠に対応したスタンダードを示して対抗することが重要なのである。比較法は、一定の実務が普遍的な理性に敵対する場合には、論証によってそれに対抗するための卓越した方法なのである。適切なスタンダードという概念は、諸問題を法的に批判の余地なく克服するためのキー概念なのである。既に確認したように、恣意的なものはずべて法的な処理の対極をなすものである。言葉の陳腐で否定的な意味での「政治的」要素に対しては、価値に関する権威ある思考についての、合理的に確証された、間主観的に了解しうる一連の論証によって抵抗しなければならない。

かの、本来の、妥当な意味での「政策 [policy]」は、「政治的なるもの」のシンボルのもとでのあらゆる誤りを抑制しなければならない。もし法が政治的次元から分離し得ないとすれば、それはかのパースペクティヴ、つまり、正しく見た場合、政治は法の一定のパラメーターから分離し得ないと言うパースペクティヴにおいてなのである。これを確保するためには、比較法により視野に導入された考察や解決が核心的かつとりわけ価値あるファクターをなすのである。比較法は、調和を生み出すと共に、同様に、必要な区別を明らかにし基礎付けるための、客観化の経験的道具なのである。この客観化は、法的に批判の余地のない思考にとつての基本法則なのである。

もし比較のプロセスが、失敗や誤りを免れ、有意味かつ有益なものでなければならぬとすれば、メンタリテイ、精神構造、歴史的に成長してきた性質をも比較のプロセスに組み込むべきである。いわゆる法の「一般条項」の充足はこうした主張に対する示唆に富む証拠であり、また、我々の方法が確証されるべき一つの分野なのである。

法技術及び法源論もまたこうした考量に組み込まれねばならない。法技術及び法源論もまた相当部分、伝統とメタリテイーの問題と結び付いている。制定法 (statute) は法律 (lex) と同じではなく、法律も無前提には法 (ius) と同一視し得ないということは考慮されなければならない。技術と言うのも、結局は単なる技術以上のものであり、例えば、法はいかに発見されるべきかと言う法の基本問題に対し、決定的に重要な経験資料を提供しうるものである。

制定法主義と判例法主義の、十分な理解に基づく比較ほど、法理論的・法哲学的に魅力のある、かつ実りある分野はほとんどない。最近では、様々な結果の面でも、また洞察の拡大という観点から見ても、制定法主義と判例法主義はますます相互に近づく傾向にある。判例の網の目のない実定法制定が多分に問題性ある紡ぎ物である事は明白であろう。しかし他方、様々な基本原則や原理が法において不可欠であるというのも明白であろう。けれども我々はいかにそれらの原理原則を獲得するのだろうか？ それは我々が具体的な諸状況から習得する認識を拡大することに よってか？ 事象に直接即していることは理性的なるものの一つの前提である。類似性のあるものを関連づける作業は非常に重層的な手続きである。区別、das dingue は不可欠の方法的可能性であると認識されなければならない。

我々ここでは解答を提出しようとは思わないし、また、出来ることでもない。ただ示唆を与え得るのみである。しかし、法源及び法源の操作が法思想の深みへと導くことは確実である。あらゆる有意義な比較法は常にこうした法思想の深みを視野に保っておかなければならないのである。我々は判決の中に法の「源泉」を見出すのか、あるいは制定法の中にか？ 確かに後者（法源としての制定法）という考え方を支持する幾つかの理由はある。けれど



も法の定立とは、一定の行為の正当化なのであるから、「制定法制定者の主権」という概念は曖昧である。基本原則は「規範的なるもの」[das Normative]だからである。そしてルール [rule] として理解される規則 [Regel] は、まったく特殊な事実関係に属するもの、つまりまったく特殊な事実関係の中で提起された諸問題に対する解答なのである。

比較法は、最終的には様々な場所の具体的諸問題がいかに決せられるかという問いに対する示唆を与えるべきものである。けれども我々は、決定の権限を与えられているものの道徳的・社会的立場を正しく観察するときのみ矛盾のない分析を用意するのである。我々は、どの様な客体化された観念 [Projektion] が判決を下すものを「特徴づけている」[markieren]かを認識するときのみ正しい推論を行うのである。教育者ないし政治家としての裁判官か？ 官吏としての裁判官か？ 一つの社会の総体としての経験上の意味内容は、いかに「責任」[Verantwortung, responsibility]という概念が具体的に定義されるかという問題にも当然かわるのである。

法のスタイル [Rechtstile] の比較分析、法曹 [legal professions] の比較分析も、他の法秩序を正しく考察するために不可欠である。幾つかの国々の名前、例えばイギリス、フランス、ドイツあるいはアメリカ合衆国を挙げれば十分である。そこでは単なるニュアンス以上の区別が存在していることを我々は認識している。もちろん、少なくとも一定程度での対話がこうした区別を克服ないし架橋しうるのである。

実質的な比較法のカギは、現実的には、正しい問題を設定するということの中に存在する。しかしそれをするためには、自身の国境をこえて一瞥を投げかけるといふこと以上のものを必要とする。それは、紡績機のように、い

ったり来りの作業である。そこにおいて様々なペースペクティヴと相互の調整が単一の作業の中で相互に結合されなければならぬのである。その過程では、基準の明確化、比較点の探求が行われるのである。

正しい問いとは例えば次のようなものである。契約の有効性の諸前提とはどのようなものか？ 個々の国家的法秩序に属する法律用語に基づいて、例えば「約因」[consideration]のごとき言葉をキー概念及び出発点として、孤立した問題設定を企ててはならない。正しい問題設定とはまた例えば次のようなものである。相手に先立たれた配偶者にはどのような保護の可能性が存在しているか？ 単に相続法や財産法のみを考察する観点から孤立した確認を始めてはならないのである。また、我々はしばしば次のように問わねばならないだろう。問題の関連の固有の核心・重点はどこに存在するのか？ 私法にか？ 社会法にか？ あるいは手続法（例えば証拠法）の中にさえ存在するのか？

比較法はもちろん法改革の面からも高度の重要性を有する。しかしここでもすべては正しく問うこと、実際に比較することに掛かっている。しかも、正しく問うこと、実際に比較することは、我々がオープンな態度でいるか否か、あるいは単にアリバイを証明するにすぎない外見的な比較法に従事するの否かに掛かっている。法改革のテーマは、国際的に我々の緊急の課題となっている法の統一というテーマに直接に連なっている。

生活上の諸関係の普遍化は、事実上の統一を伴う。けれども非常に多くの課題が残されている。私の言いたいのは、この分野では、主要な負担と主要な努力が、国家的なるものの彼方に、つまり経済実務の中に、存在していることを認識しなければならないということである。この分野で影響力を行使すべきなのは、経済実務に携わる人達

である。もちろんその際学問は、事態を明確にする言葉、抛り所となる言葉を示す使命を帯びているのである。

すでに示したように、家族法のような領域では、確かに驚くほどの類似性が認められるようになってきている。とはいえ、中心的分野ないし実務的諸問題の解決は、国際私法のレビュールに存在している。ここでもまた抵触規定の調和化ということでは問題は片付き得ない。機能的比較法、つまり諸規範の様々な機能という基準にしたがって諸規範の比較可能性をその都度解明することが必要なのである。そしてこうした分野においても我々は対象を単純に言葉の狭い意味での「実定法」に限定することは出来ず、むしろすでに述べた様々な領域すべてを含めて考察しなければならぬのである。

最後に我々は世界法秩序、つまり国際法、*ius gentium* を忘れてはならない。この *ius gentium* 「万民法」という概念を語ることによって、我々はこの言葉のそもそもの意味、つまり人類の自由で紛争のない交流のための法という意味に思いを致すべきであらう……。

比較法なき国際法は考えることができない。つまりそれは、全面的に発達した法秩序の法的諸概念が、国際法にとって一貫した糧、「法源」であると言う事実——国際司法裁判所規定一つとって考えてみよう——から始まって、条約の解釈ないし条約そのものの有効性に関する諸概念の比較に至るまで、その事がいえるのである。

この文脈においては、ヨーロッパ共同体のような現象が内容として含んでいる恒常的な比較法過程がとりわけ示唆に富んでいる。そこでは単に一般的で「トランスナショナル」な、「超国家的」な法の諸規定が問題なのではな

く、そのような法の解釈と形成が問題なのである。ここに語られたようなテーマは、ここでそれぞれに見合せて取り扱えないような重要性と範囲を有している。ここでは方法と可能性を問題としたのであるから、単にこうした地域的な共同体化現象を指摘することで十分であろう。

我々は、ここで示されたものが単なる一つの概要であることを承知している。けれども我々は、様々な重要なパースペクティヴが理解され、また、このテーマの持つ重要性、ないし、敢えていえば、比類なき地位というものが確認されたのではないかと、敢えて期待したい。

#### 〈訳者あとがき〉

原文の「は」「」に改め、（ ）はそのまま用いた。「」内の註記は、原文のニュアンスの理解のため、適宜訳者が挿入したものである。

訳者は、比較法という分野にまったく疎いという事情もあり、訳出にあたっては多くの方々の御教示を戴いた。それらの方々に感謝したい。しかし、改めていうまでもなく、訳文の責任はすべて訳者にある。大方の卒直な御批判を戴ければ幸いである。

(たじま・のおお〓本学専任講師)

#### 〈付 記〉

井 上 明

去る昭和六十二年五月二〇日、成城大学五号館において、西独政府より広報活動のために我が国に派遣された、元リヨン大学教授(リヨン大学比較法研究所副所長) シュヴァルツリーバーマン教授により、比較法に関する講演

が行われた。講演は独語で行われ、通訳は我が法学部の田嶋専任講師が担当され、司会は私が務めさせて頂いた。田嶋専任講師の前記翻訳は、この講演を翻訳したものである。

講演会には、我が法学部のスタッフは勿論、その他、加藤学園長、経済学部および文芸学部の若干のスタッフ、ならびに学外から吉永一橋大学名誉教授、関 青山学院大学教授等が、出席され、約二時間半に渡って講演および質疑応答による熱心な討論が展開された。

その後、本学園本部棟においてレセプションが催され（ここでも熱心な質疑応答が継続された）、また宮崎学長からシュヴァルツリーバーマン教授に記念品が贈呈された。（なお、本学総務課の御厚意により講演が録音され、かつ写真がとられたので、後に録音テープと写真を教授に送付した。）教授は非常に歓待を受けたとの印象を持たれたようで、大変に喜びかつ成城大学および我々スタッフに対して非常に感謝しているとの御手紙を頂いた。教授の学会および政界における地位を考えると、日独間の民間外交として、両国間の親善に大いに役立ったものと思われる。

ここで、本講演を快く引き受けて下さったシュヴァルツリーバーマン教授、本講演会のために御協力を頂いた西独大使館スタッフ特にオステン博士、大学あげての歓迎の音頭をとって下さった宮崎学長、通訳および翻訳の労を引受けて下さった田嶋専任講師、質疑応答により講演会を盛り上げて下さった加藤学園長および吉永、矢崎、関、各教授、講演会の準備および開催に関して種々御指導、御協力を頂いた中川法学部長、杉山教授、西崎教授および法学部拡大研究会委員会のメンバーの諸先生方、お忙しい中を講演会およびレセプションに出席して下さった法学部、経済学部および文芸学部の諸先生方、ならびに裏方を引き受けて下さった大学事務局総務課の皆様、に対して、法学部研究会委員長として厚く御礼申し上げます。

〔シュヴァマルツ「リーバーマン Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Hans Albrecht 教授の略歴」〕

一九二二年ベルリンに生まれる。西独のチュウビンゲン大学において最優等法学博士号 (a doctorate in law *summa cum laude*) 取得後、マックス・プランク外国法・国際私法研究所前身のカイザー・ヴィルヘルム研究所研究員、チュウビンゲン地方裁判所陪席判事等を経た後、英米に留学。一九五三―五七年、アデナウアー政権の外交顧問として活躍。一九五七―六〇年北大西洋条約機構の政治局次長。一九七四年以降、フランスのリヨン大学教授 (比較法、法哲学、比較法研究所副所長)。一九八三年以降、マックス・プランク外国法・国際私法研究所 (在ハムブルク) 顧問、リヨン大学名誉教授、西独キリスト教民主同盟外交委員、コール西独首相の安保問題担当ブレーン。なお、仏、独語による、比較法、法哲学に関する二十数冊の著書がある。

(このうえ・あきらら 本学教授)